

III Congreso Internacional de la RAED Julio 2017
Congreso Europeo de Investigaciones Interdisciplinarias
La evolución de la Ciencia en el Siglo XXI



**EL DERECHO Y LA LEGISLACION PROACTIVA:
NUEVAS PERSPECTIVAS EN LA CIENCIA JURIDICA.
ASPECTOS METODOLOGICOS**

Dr. Jaime Rodrigo de Larrucea

Profesor de Derecho Marítimo y Seguridad Marítima (UPC; UPF)

Presidente Sección Tecnología *Real Academia Europea de Doctores*

Presidente Sección de Derecho Marítimo *Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona*

Resumen:

El presente estudio pretende analizar y comparar las dos metodologías existentes en la legislación proactiva: la Evaluación de Impacto Regulatorio y la Evaluación Formal de Seguridad.

Palabras clave: Derecho proactivo. Derecho preventivo. Gestión del riesgo. Contratación. Ejercicio del derecho. Evaluación Formal de Seguridad. Análisis de impacto legal. Ciencia jurídica.

Abstract:

The present study aims to analyze and compare the two existing methodologies in proactive legislation: the Regulatory Impact Assessment (RIA) and the Formal Safety Assessment (FSA).

Key words: *Proactive Law. Preventive Law. Risk Management. Negotiation of Contract. Practice Law. Formal Safety Assessment. Regulatory. Impact Assessment. ALARP. VPF. Legal Science.*

0- Introducción

El planteamiento *proactivo* del derecho, supone situar al derecho antes del conflicto, frente al clásico esquema del derecho reactivo: el derecho sigue al hecho. A través de las metodologías de análisis y gestión de riesgos, se pueden detectar los posibles problemas potenciales y generar una cultura preventiva del problema. El Derecho *proactivo* consiste en capacitar y facultar: se hace por, para, y con los usuarios del Derecho.

Instituciones clásicas como los contratos y la teoría general del contrato son transformadas. Igual el rol y la función del jurista, que se transforma en un “diseñador”, “programador” o “arquitecto” de las relaciones jurídicas. El fenómeno más reciente del “*compliance*” en el ámbito del derecho penal ya participa de esta sensibilidad preventiva. El presente estudio pretende analizar el enfoque del derecho proactivo desde la labor del legislador y los principales instrumentos y metodologías existentes.

El derecho proactivo es de aparición reciente. Mientras en Europa se empezaba a discutir la función proactiva del derecho, en Estados Unidos el énfasis se ubicaba en el uso del derecho como una ventaja competitiva. Estos dos fenómenos, que se desarrollaron de forma paralela, han sido analizados en estudios de derecho comparado para encontrar las similitudes y sinergias entre ellos. El movimiento del derecho proactivo que tomó forma en los países nórdicos se ha extendido al resto de Europa. Su rápido crecimiento se debe, entre otras circunstancias, al apoyo del Comité Económico y Social Europeo (CESE) que rindió en 2008 dictamen sobre *El planteamiento proactivo del Derecho: un paso más hacia una mejor legislación*, en el que el CESE propugna un cambio de paradigma en la legislación comunitaria. Por su propia naturaleza, el sistema jurídico comunitario es precisamente el tipo de ámbito más idóneo para el planteamiento proactivo a la hora de planificar, elaborar y aplicar las leyes.

1- Antecedentes: el derecho preventivo

El concepto de derecho preventivo fue formulado inicialmente por Louis M. Brown, profesor y abogado. En un esfuerzo por ayudar a las personas a minimizar el riesgo de tener problemas jurídicos y maximizar los beneficios legales, Brown publicó “*Preventive Law*” en 1950, seguido de diferentes publicaciones y artículos. En “*Preventive Law*”, manifiesta una verdad elemental pero contundente y que no ha perdido validez en más de cincuenta años: “*Normalmente cuesta menos evitar los problemas que pagar para salir de ellos*”.

2- El enfoque proactivo en la negociación contractual

El enfoque del derecho entendido como ventaja competitiva de la empresa y su aplicación a la teoría general del contrato, y de manera más particular al derecho mercantil y corporativo ha tenido en la escuela nórdica (*Nordic School of Proactive Law*) sus mayores defensores y estudiosos. Sobresalen en este campo los trabajos de la Profesora H. Haapio que constituyen una referencia imprescindible en la materia: *A*

Short Guide to Contract Risk (Gower 2013, 2017), *Proactive Law for Managers: A Hidden Source of Competitive Advantage* (Gower 2011) -los dos anteriores en coautoría con el prof. G. Siedel- y *Next Generation Contracts: A Paradigm Shift* (Lexpert 2013). Cabe igualmente destacar su papel como asesora del CESE y de la UE.¹

La negociación proactiva de todo contrato requiere un esfuerzo de planeamiento y especialmente de la gestión del riesgo en su triple dimensión: análisis, evaluación y la gestión y opciones posibles a tomar. Los tres niveles de la asistencia jurídica proactiva en la contratación corporativa se concretan en tres fases a analizar en todo contrato de empresa: 1ª) Fomentar el éxito del cliente eliminando las causas de problemas y de potenciales incumplimientos; 2ª) Gestión del conflicto, prevención del litigio y minimizar costos y pérdidas; 3ª) Minimizar las consecuencias y efectos perversos posibles.²

Obviamente el planteamiento de este trabajo se dirige más a la perspectiva del legislador proactivo y las diferentes metodologías en presencia, remitiéndonos a los trabajos citados en relación a la negociación contractual proactiva y su conceptualización como ventaja competitiva para el tráfico mercantil.

3.- La dimensión proactiva en la legislación: hacia un legislador proactivo

Básicamente dos han sido las metodologías en el tratamiento proactivo de la legislación: el *Impact Assessment* (Evaluación del impacto) y dentro de ella, de manera más particular: el *Regulatory Impact Assessment* (RIA). El Análisis de Impacto Regulatorio es un enfoque sistémico para evaluar críticamente los efectos positivos y negativos de las regulaciones propuestas y existentes y otras alternativas no normativas. Se emplea en los países de la OCDE e igualmente en los países anglosajones, abarcando toda una serie de guías y métodos. Es un elemento importante del enfoque basado en la evidencia en la formulación de políticas legislativas.

El análisis de la OCDE muestra que la realización del RIA en un marco sistemático adecuado puede respaldar la capacidad de los gobiernos para garantizar que las regulaciones sean eficientes y eficaces en un mundo cambiante y complejo. Actualmente, casi todos los miembros de la OCDE han adoptado alguna forma de RIA, pero todos han encontrado que la implementación exitosa de RIA es sumamente compleja a nivel técnico y administrativo³. Es precisamente en esa insatisfacción el planteamiento finalista de este trabajo, al aportar una nueva visión metodológica derivada de la seguridad marítima: la Evaluación Formal de Seguridad (EFS/FSA).

¹ Ver http://www.lexpert.com/our_team/more-about-helena_haapio/

² Ver Haapio H. (2008): *Una onza de prevención...: asistencia jurídica proactiva para el éxito en la contratación corporativa*. Disponible en: <http://www.revistaslegis.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/mercantil%2020.pdf>

³ Ver <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria.htm>. Sobre la Guía del RIA OECD: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf>; Ver igualmente, con carácter ilustrativo : https://ec.europa.eu/info/law-making-process/planning-and-proposing-law/impact-assessments_es

4.- Las Directrices de Evaluación de Impacto de la Comisión Europea (DEICE) (EC IA Guidelines)

El instrumento de RIA existente en materia de análisis de impacto de las políticas que se quieren implementar a nivel de la Unión Europea son las Directrices de Asesoramiento de Impacto de la Comisión Europea. Su objetivo es ser utilizadas para realizar las evaluaciones de impacto que verifican si es necesaria una actuación de la UE, examinando las posibles repercusiones potenciales de las soluciones que se consideran.

Se realizan durante la fase de preparación de las políticas, antes de que la Comisión formule sus propuestas de nueva legislación, y proporcionan datos objetivos de gran utilidad para el proceso de toma de decisiones.

Las evaluaciones de impacto se realizan cuando se prevé que una iniciativa tendrá repercusiones económicas, sociales o medioambientales significativas. Puede tratarse de propuestas legislativas, iniciativas no legislativas (como programas de financiación, recomendaciones para la negociación de acuerdos internacionales, etc.), actos delegados o actos de ejecución.

Los resultados del proceso se resumen en un informe de evaluación de impacto, cuya calidad queda verificada por un organismo independiente que formula un dictamen: el Comité de Control Reglamentario (*Regulatory Scrutiny Board*). Cada informe de evaluación de impacto ha de incluir una descripción de los efectos medioambientales, sociales y económicos, así como su afectación para las pymes y la competitividad.

Los informes de evaluación de impacto se publican junto con las propuestas o los actos que adopta la Comisión. También se envían a los legisladores de la UE (Parlamento Europeo y Consejo) para su toma en consideración a la hora de decidir si aprueban las propuestas.

Las evaluaciones de impacto son parte esencial del programa "*Legislar mejor*" de la Comisión, que tiene por meta concebir y evaluar las normas y las políticas de la UE de modo que alcancen sus objetivos con la mayor eficacia posible.

El análisis inicial del problema que hace la Comisión, los objetivos de sus políticas, las soluciones que se barajan y sus posibles consecuencias figuran en la evaluación del impacto inicial, que está abierta al comentario de las partes interesadas. A continuación se realiza una evaluación de impacto en la que se recaba la opinión de las partes interesadas sobre todos los aspectos clave, a través de consultas públicas abiertas. Una vez que la Comisión finaliza y publica su propuesta legislativa, acompañada del correspondiente informe de evaluación de impacto, los ciudadanos y las partes interesadas vuelven a tener la oportunidad de presentar observaciones sobre su contenido, al transmitirse el texto a los legisladores de la UE. El Parlamento Europeo y el Consejo tienen plenamente en cuenta las evaluaciones de impacto de la Comisión a la hora de decidir sobre las propuestas legislativas.

5.- La Evaluación formal de seguridad (*Formal Safety Assessment*)

Desarrollada originalmente en respuesta al desastre de la *Piper Alpha* en 1988 (plataforma petrolífera que explotó en el Mar del Norte causando la muerte de 167 personas), a partir del Informe de Lord Carver, presentado en el Parlamento británico que hizo que la MCA propusiese a la OMI una aproximación más científica a la investigación de los accidentes marítimos⁴. Se iniciaba además un planteamiento proactivo en la gestión de la seguridad marítima, que desde el *Titanic* 1912 se encontraba en una fase reactiva: tras el siniestro se genera una nueva regulación, siguiendo el derecho al hecho. Es por tanto una manifestación calar del derecho proactivo y surgida en el ámbito de un órgano legislativo como es la OMI. Con posterioridad se ha extendido a todo tipo de industrias peligrosas.

La OMI describe el FSA (*Formal Safety Assessment*) como una metodología estructurada y sistemática, con el objetivo de reforzar la seguridad marítima, incluyendo la protección de la vida humana, salud, el medioambiente marino y la propiedad, mediante el uso del análisis de riesgos y la valoración del coste de sus beneficios. Además el FSA es utilizado como un instrumento de evaluación de las nuevas regulaciones de seguridad marítima y de protección del medioambiente marino o en la comparación entre reglas existentes y las posibles reglas mejoradas. Todo ello con el objetivo de obtener un balance entre cuestiones técnicas y operacionales, que incluyen el factor humano, la seguridad marítima y la protección del medio ambiente marino.

El FSA ha sido descrito por la OMI como “*un proceso racional y sistemático para valorar los riesgos asociados a la actividad marítima y para evaluar los costes y beneficios de las opciones de la OMI en la reducción de dichos riesgos*”.

El FSA surge como un instrumento distinto de lucha contra la producción de siniestros marítimos. No se trata de corregir las causas de un siniestro en particular, que por otra parte es prácticamente imposible que se vuelva a repetir, sino que se trata de evitar que esas causas se lleguen a producir antes de que el siniestro pueda suceder. Además, permite una evaluación racional y transparente en el proceso de creación de nuevas normas y reglas de seguridad marítima, incluyendo expresamente una valoración de coste y/o potenciales beneficios de la nueva normativa. El FSA toma razón expresa de los riesgos y su análisis en la gestión de la seguridad, igualmente aprovecha la información derivada de los accidentes.

De acuerdo con la Guía OMI (MSC Circular 1023): *Riesgo es la combinación de la frecuencia con la gravedad de la consecuencia.*

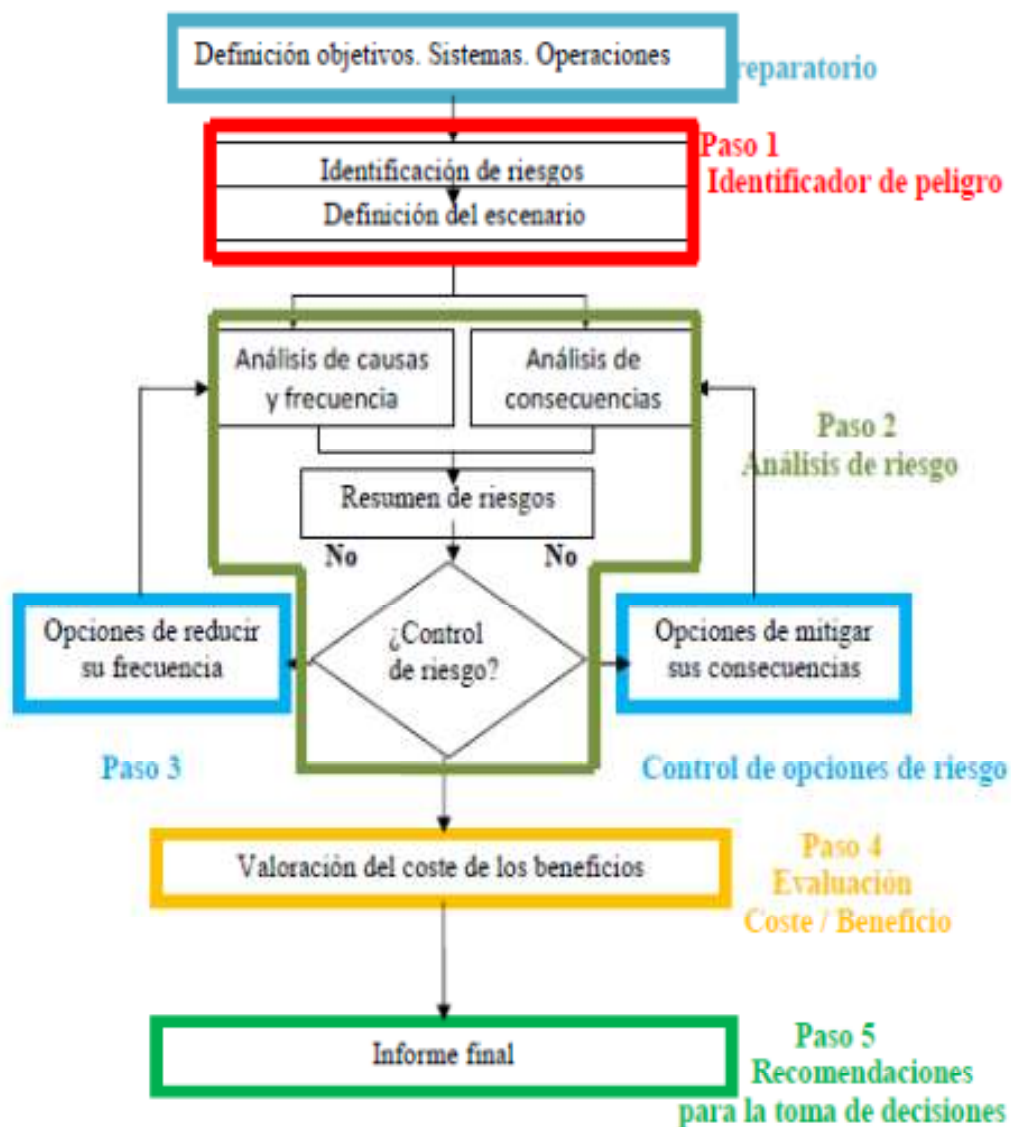
Análisis de riesgos (Risk Analysis) es el uso sistemático de la información disponible para identificar los peligros y estimar el riesgo para las personas, los bienes o el medio ambiente

⁴ MCA: *Marine Coast Guard Agency*; Administración marítima UK. OMI/IMO: *Organización Marítima Internacional* de NN.UU. Agencia ONU para el medio marino, con sede en Londres.

Evaluación de Riesgos (Risk Assessment) es revisar la aceptabilidad de riesgo que se ha analizado y evaluado, basándose en la comparación con los estándares o criterios que definen la tolerabilidad al riesgo.

Gestión de Riesgos (Risk Management) es la aplicación de la evaluación con la intención de informar el proceso de toma de decisiones con las medidas de reducción del riesgo adecuadas y su posible implementación.

La aplicación del FSA se divide en cinco fases En el siguiente esquema aparecen desglosados las 5 fases del FSA⁵:



⁵ Puede verse una exposición completa del proceso en la publicación de la Tesis Doctoral de Kontovas K. en "Formal Safety Assessment: Critical Review and Future Role". Trabajo sistemático sobre las Guías OMI, disponible en: (<http://www.martrans.org/cvkontovas2.htm>); Laboratory for Maritime Transport (2005); National Technical University of Athens.

El principio ALARP (*As Low As Reasonably Practicable*), es decir "*tan bajo como sea razonablemente factible*") establece el nivel de riesgo a partir del cual la inversión de nuevos recursos resulta injustificada o no resulta práctica. Se trata de un estándar jurídico anglosajón a partir del caso *Edwards vs. National Coal Board* (1949 All ER 743 (CA)). Para que un riesgo sea considerado ALARP debe ser posible demostrar que el costo de continuar reduciendo ese riesgo es desproporcionado en comparación con el beneficio que se obtendría. Es decir, que los riesgos deben ser evitados a no ser que la diferencia entre el costo y el beneficio obtenido sea desproporcionada. Este punto de equilibrio ha sido incorporado a la metodología FSA, en su fase 4: valoración coste-beneficios.

El FSA, a pesar de su gran formalismo y de ser un proceso complejo, goza de una gran actualidad y popularidad: prácticamente todas las universidades marítimas y centros de investigación a nivel mundial emprenden o han emprendido estudios EFS/FSA. Sin embargo el FSA no es un instrumento "mágico": no resuelve todos los problemas ni da respuestas a todas las preguntas. En el seno del CSM 79 se planteó la analogía con el radar: se pensó que tras el radar los abordajes desaparecerían.

Conviene tener presente que bien utilizado es un buen instrumento de comparación de opciones posibles⁶, de debate racional y transparente en la creación de normas y en el debate legislativo, y desde luego aporta un criterio de proporcionalidad en la gestión de la seguridad.

⁶ Por ejemplo gracias al FSA, la OMI decidió no contemplar la necesidad de una pista de aterrizaje de helicópteros en los buques de pasaje (SOLAS Cap. III, artº. 28,1). En igual sentido la propuesta sobre el doble casco para los bulkcarriers. La FSA se ha proyectado inclusive al transporte aéreo (SAM - *Safety Assessment Methodology* de EUROCONTROL). Ver del autor *Seguridad marítima. Teoría general del riesgo* (2015); pág. 259 y ss.

6.- Examen comparativo entre la EFS/FSA OMI y Las Guías de Evaluación de Impacto UE: semejanzas y diferencias

Tabla 1: Diferencias entre las EC IA y el FSA	
EC IA (DEICE)	FSA (EFS OMI)
Tiene su origen en la economía y es desarrollada mayoritariamente por economistas	Tiene su origen en la ingeniería y es usualmente aplicada y desarrollada por profesionales técnicos.
Con origen en la gestión pública	Con origen en la seguridad (accidentes y siniestros)
Análisis Coste-Beneficio	Análisis Coste-Eficacia
Internalizando costes externos	Reduciendo el riesgo y gestionándolo
Ámbito amplio	En principio ámbito reducido
Definiciones imprecisas de criterios decisorios	Definiciones claras de criterios decisorios
En ocasiones con ámbito limitado para la cuantificación	Siempre cuantitativo y objetivo
Llevada a cabo por unidades de la Comisión Europea	Llevada a cabo externamente a la OMI, desde la perspectiva legislativa.
Revisado por el <i>Regulatory Scrutiny Board</i> (Comité de Control Reglamentario)	Revisada por la EG/FSA OMI (participación abierta)
VPF ("value of a prevented fatality") por <i>Human Capital Approach</i> (Enfoque del Capital humano) ⁷	VPF por preferencias manifestadas

Como resulta previsible y queda reflejado en la tabla, existen un gran número de diferencias entre las Directrices de Evaluación de Impacto de la Comisión Europea y la FSA de la OMI, que tienen su origen en las evidentes diferencias existentes entre las dos organizaciones en las que se enmarcan. Por un lado, tenemos la Comisión Europea, que es el órgano administrativo de la Unión Europea con muchos recursos disponibles⁸, y por otro lado, la OMI, que es una agencia especializada de la ONU, con un secretariado y recursos más limitados.

⁷ VPF: "value of a prevented fatality". La idea del "valor de prevenir una fatalidad" (VPF) o, de forma equivalente, el "valor de una vida estadística", es un término técnico utilizado en la toma de decisiones de seguridad. Se obtiene del análisis de costo-beneficio de riesgo. Ver: *Review of the "value of a prevented fatality" (VPF) used by regulators and others in the UK.* / Thomas, Philip; Waddington, Ian. *Nuclear Future*, 06.12.2016.; P.J THOMAS (2015) : *Testing the validity of the "value of a prevented fatality" (VPF) used to assess UK safety measures.* Disponible en: [http://www.psep.ichemejournals.com/article/S0957-5820\(14\)00096-2/fulltext](http://www.psep.ichemejournals.com/article/S0957-5820(14)00096-2/fulltext)

⁸ Sobre el Comité de Control Reglamentario (v *Regulatory Scrutiny Board*) ver: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board_es

6.1.- Diferencias:

- El ámbito de las Directrices comentadas: mientras que la EFS/FSA de la OMI tiene un ámbito limitado al asesoramiento del impacto de nuevas regulaciones relacionadas con la seguridad marítima, las DEICE abarcan mucho más (todas las materias de competencia comunitaria), siendo un instrumento utilizado para realizar el *Impact Assessment* de cualquier nueva política que se proponga implementar, siendo clave para la Comisión a la hora de realizar sus propuestas. Es por ello que no existe una relación unívoca entre unas y otras. Por ejemplo, muchos de los temas cubiertos en las *EC IA Guidelines* son más comparables conceptualmente con las IMO “*Method of Work*” *Guidelines* (IMO, 2015b) (Directrices de “Método de trabajo” de la OMI (OMI, 2015b)).
- El grado de concreción: al tener que ser utilizadas las DEICE para un mayor número de ámbitos (mercado común, sanidad, derechos de los consumidores, agricultura, sector financiero, etc.), mientras que el FSA lo es mayoritariamente para normativas de seguridad y derramamientos de petróleo accidentales, este último instrumento es mucho más específico en su descripción de los métodos utilizados y criterios decisorios.
- Los riesgos analizados: la EFS/FSA se centra en un análisis que se orienta a la reducción de riesgos para la vida y la salud, mientras que este análisis es secundario en el caso de las DEICE, pues las normas de seguridad son sólo una de las posibles aplicaciones de dichas Directrices.
- Tipo de análisis realizado: La FSA realiza mayormente un análisis de coste-efectividad (ya que el impacto en vidas humanas salvadas no puede cuantificarse en un valor monetario), mientras que las DEICE principalmente un análisis de coste-beneficio. Principio ALARP vs.VPF.
- Los impactos considerados: Las DEICE tienen en cuenta el impacto medioambiental, social y económico, los sujetos afectados y otros impactos posibles (derechos consumidores, derechos fundamentales, competencia, etc.), mientras que LA EFS/FSA se centra principalmente en el impacto en la seguridad y el coste de la política.
- El origen de las políticas: las DEICE tienen su origen en la buena gestión pública dada la naturaleza de la Unión Europea de organización supraestatal con competencias propias, mientras que las FSA tienen su origen en la consideración de las industrias peligrosas, de las que derivarán la mayoría de los riesgos de la seguridad marítima.
- El grado de tecnificación: los resultados de la aplicación de las DEICE, con origen en economistas y de ámbito más general, no alcanzarán el grado de tecnificación de los resultantes de aplicar el FSA, el cual tiene un ámbito más reducido y basado en la seguridad marítima, asentada en la ciencia y tecnología existente (por definición, disciplinas técnicas).

6.2.- Semejanzas:

- Resultan en una extensiva utilización de datos y análisis. Suponen la vinculación más explícita entre el derecho, la economía y la ingeniería.
- Suponen dotar al proceso regulador de transparencia y abierto al contraste público y científico. Se trata de procesos racionales y sistemáticos y que permiten su verificación.
- Tienden a identificar áreas en las que falta conocimiento, y por ende debe investigarse más.

7.- Conclusiones: intercambio entre el RIA y la EFS/FSA:

Por un lado, en muchos procedimientos de toma de decisiones en la OMI, sería beneficioso extender las Directrices de asesoramiento de impacto, en este sentido ya existe un precedente: una iniciativa presentada por Jamaica et al. (2015) podría en principio concretarse en una decisión del Consejo de la OMI de implementar algún tipo de IA en la OMI. En particular, Jamaica *«creen que cuando se propongan cambios normativos en el futuro, debe prestarse especial atención a las evaluaciones de impacto y de viabilidad, que tengan en cuenta la sostenibilidad económica y social del transporte marítimo»*⁹.

Por otro lado, las DEICE no definen adecuadamente las cuestiones relativas a los parámetros de decisión y criterios de aceptación, existiendo el peligro de que no haya consistencia entre los criterios utilizados en diferentes estudios, o incluso en el mismo estudio cuando los efectos en la sanidad, seguridad y medio ambiente son considerados. Además, los criterios son también difíciles de actualizar al no estar las relaciones entre ellos bien documentadas. Por contra, la EFS/FSA tiene pocos criterios, pero están claramente definidos, como también lo está su modo de actualización, siendo fácilmente consultables en las Directrices. Podría parecer necesario, en consecuencia, que las DEICE mantuvieran unos parámetros decisorios y criterios de aceptación más breves y definidos, y que se establecieran procedimientos para actualizarlos. De otro modo, la utilización de recursos es ineficaz.

En definitiva, los instrumentos de RIA actuales pueden ser mejorados, pues dadas las particularidades de cada uno son apreciables ámbitos en los que cabe una revisión en pos de mejorar su eficacia, incorporando elementos de ambas metodologías.

⁹ Ver : EMSA/OP/10/2013 (2015) *Impact Assessment Compilation; part 2*.